

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 170209

BESLISSING

van 9 maart 2018

in de zaak 170209

naar aanleiding van de hoger beroepen van:

klagers

deken

tegen:

verweerder

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam (verder: de raad) van 20 juni 2017, gewezen onder nummer 17-012. Daarbij zijn alle klachtonderdelen ongegrond verklaard. De beslissing is aan partijen en de deken toegezonden op 20 juni 2017.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRAMS:2017:141.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klagers van deze beslissing in hoger beroep zijn gekomen, is op 18 juli 2017 ter griffie van het hof ontvangen. De memorie waarbij de deken hoger beroep heeft ingesteld, is op 20 juli 2017 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van verweerder.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 10 november 2017, waar zijn verschenen:

X., namens klager sub 1;

klager sub 2;

de deken;

verweerder, bijgestaan door mr. S, advocaat te B.

2.4 Klager sub 2, de deken en mr. S hebben gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT

De klacht is in de beslissing van de raad als volgt weergegeven:

verweerder heeft tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij:

- a) zonder deugdelijke grondslag of onderbouwing nagenoeg onvoorwaardelijk heeft gesteld dat de inspecteur een misdrijf heeft gepleegd;
- b) willens en wetens het (administratieve- en/of straf)klachtrecht heeft misbruikt teneinde te bewerkstelligen, zo niet af te dwingen, dat aan hem integraal inzage zou worden verstrekt in de fiscale dossiers van zijn cliënten;
- c) in deze tuchtprocedure nieuwe en ernstige beschuldigingen jegens klagers heeft geuit door hun te verwijten een gespreksverslag te manipuleren en hen van valsheid in geschrifte te beschuldigen;

d) ook tijdens het onderzoek van de deken de voortdurende dreiging met een aankondiging van het doen van strafrechtelijke aangifte tegen de inspecteur heeft gehandhaafd zonder dat hij daaraan opvolging heeft gegeven.

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 Klagers zijn achtereenvolgens de Belastingdienst en een inspecteur van de Belastingdienst en zullen hierna als zodanig worden aangeduid. Verweerder is (fiscaal) advocaat van de heren M. sr. en M. jr. (hierna: de vader en de zoon).

4.2 De vader is begin 2012 failliet verklaard. Enkele jaren voor dat faillissement heeft de vader een woning voor de zoon betaald. Na het faillissement van de vader is zowel met de curator in het faillissement als met de Belastingdienst een discussie ontstaan over de vraag of die betaling als een lening van de vader aan de zoon dan wel (geheel of gedeeltelijk) als een schenking van de vader aan de zoon moet worden aangemerkt.

4.3 De Belastingdienst heeft tot behoud van rechten van de Belastingdienst begin 2013 aan de zoon een aanslag schenkbelasting opgelegd. Tevens echter heeft de inspecteur – die het dossier van de vader behandelde – aan de curator van de vader bericht dat de zoon volgens zijn aangiften inkomstenbelasting een schuld pretendeerde te hebben aan de vader. De inspecteur heeft deze gegevens aan de curator verstrekt met het oogmerk hem te ondersteunen in zijn verhaalsmogelijkheden. Indien de boedel deze schuld van de zoon zou kunnen incasseren, zou de Belastingdienst als de belangrijkste preferente schuldeiser van de vader hierbij gebaat zijn.

4.4 De curator is in 2013 een civiele procedure tegen de zoon gestart waarin hij terugbetaling van de ontvangen bedragen heeft gevorderd.

4.5 Aan de voorganger van verweerder, mr. H., heeft de Belastingdienst in november 2013 schriftelijk toegezegd dat de (inmiddels definitief geworden) aanslag schenkbelasting ambtshalve verminderd zou worden indien en voor zover de zoon de voordelen waarvoor hij is aangeslagen terugbetaalt aan de curator van zijn vader.

4.6 Verweerder heeft zich bij brief van 18 maart 2015 als de nieuwe fiscaal gemachtigde van de vader en de zoon bij de inspecteur geïntroduceerd. In deze brief heeft verweerder onder meer het volgende geschreven over het feit dat de inspecteur informatie over de zoon had verstrekt aan de curator van de vader: "(...) Tenzij u aantoonst dat ter zake om toestemming is gevraagd aan mijn cliënt, stel ik vast dat een redelijk vermoeden bestaat dat u uw ambtsplicht heeft geschonden en derhalve het misdrijf is gepleegd van art. 272 Wetboek van Strafrecht."

4.7 Naar aanleiding van voornoemde brief heeft de inspecteur verweerder uitgenodigd voor een gesprek, waarbij ook de leidinggevende van de inspecteur aanwezig was. Dit gesprek heeft op 15 april 2015 plaatsgevonden. Van deze bespreking heeft de inspecteur een verslag gemaakt, dat door zijn leidinggevende onderschreven is. Klagers hebben dit verslag als bijlage gevoegd bij hun klachtbrief aan de deken van 10 december 2015; het was niet eerder aan verweerder toegestuurd.

4.8 In een e-mail van 1 mei 2015 heeft verweerder aan de inspecteur bericht het gestelde in zijn brief van 18 maart 2015 geheel te handhaven, verzocht om dossiergegevens van zijn cliënten en om definitieve afhandeling van het geschil inzake de schenkbelasting.

4.9 In een brief van 3 februari 2016 aan de deken - in het kader van de huidige tuchtzaak - heeft verweerder onder meer geschreven: "(...) Ik zal nu uiteraard met cliënten overleggen hoe toch tot indiening van een strafklacht met verzoek tot strafontslag kan worden overgegaan, gelet op de bestaande strafrechtjurisprudentie en bestuursrechtjurisprudentie. (...)". Verweerder heeft in een volgende brief aan de deken van 27 juni 2016 naar deze passage verwezen met inlassing van de letterlijke tekst ervan.

4.10 In een brief van 25 februari 2016 aan de deken - eveneens in het kader van de huidige tuchtzaak - heeft verweerder onder meer geschreven: "(...) Ik heb opdracht van mijn cliënt M. Jr de strafklacht in te dienen waarbij zich tevens M. Sr. aansluit. (...)" en (over het onder 4.7 bedoelde gespreksverslag):

"(...) Het moet als hoogst waarschijnlijk geacht worden dat dit verslag na mijn e-mail van 1 mei 2015 is opgemaakt, mede gelet op het verzoek van [klager sub 2] "de kwestie formeel alvast oppakken". Het verslag is onwaar en bewust misleidend. De gang van zaken is zoals weergegeven in mijn email van 1 mei 2015 en niet anders. (...) Als gezegd is het verslag van de Belastingdienst vals (...)"

4.11 De brief van 18 maart 2015 en de e-mail van 1 mei 2015 zijn door de Belastingdienst in behandeling genomen als klacht tegen de inspecteur in de zin van hoofdstuk 9 Algemene wet bestuursrecht. De klacht is na een hoorzitting ongegrond verklaard met een beslissing vervat in een brief van 30 september 2015 van de Belastingdienst aan verweerder.

4.12 Tot op heden heeft verweerder geen strafrechtelijke aangifte tegen de inspecteur gedaan.

4.13 Voor zover klagers de vaststelling van de feiten door de raad als onvolledig hebben bestreden is het hof met de hernieuwde vaststelling van de feiten aan het desbetreffende betoog van klagers tegemoet gekomen.

5 BEOORDELING

5.1 Verweerder heeft in hoger beroep zijn niet-ontvankelijkheidsverweer tegen de Belastingdienst gehandhaafd. De raad heeft dit beroep verworpen en daartoe overwogen dat de Belastingdienst als werkgever een eigen belang heeft dat zijn werknemers hun werk naar behoren kunnen doen en daarbij niet door grensoverschrijdende beschuldigingen van strafbaar handelen worden gehinderd. Daarmee is volgens de raad het belang van de Belastingdienst bij de klachtonderdelen a en d gegeven, terwijl haar belang bij de andere klachtonderdelen voor zich spreekt.

5.2 Deze grief slaagt voor zover deze betrekking heeft op klachtonderdelen a en d. De kern van deze klachtonderdelen betreft de persoonlijke bejegening door verweerder van een belastinginspecteur. Aldus is deze medewerker degene die rechtstreeks in zijn belang kan zijn getroffen. Het persoonlijke karakter van het tuchtrecht brengt mee dat alleen degene die onheus is bejegend over die bejegening kan klagen. Het belang van de Belastingdienst is ter zitting omschreven als het bredere belang om intimidatie tegen te gaan wat een effect heeft op het functioneren van een overheidsorgaan. Het gaat hier om een afgeleid belang dat de Belastingdienst aan zich heeft getrokken. De klacht van de Belastingdienst zal ten aanzien van deze klachtonderdelen daarom alsnog niet ontvankelijk worden verklaard omdat de Belastingdienst niet rechtstreeks in zijn eigen belang is getroffen (verg. HvD 25 oktober 2013, 6713 en HvD 27 maart 2009, 5182).

5.3 Verweerder heeft ook bestreden de ontvankelijkheid van de deken in zijn hoger beroep. Ten aanzien van klachtonderdeel b stelt verweerder zich op het standpunt dat klagers geen hoger beroep hebben ingesteld en dat dit is op te vatten als intrekking van de klacht, zodat de deken niet in hoger beroep kan komen. Hij heeft zijn aanvankelijke betoog verder in zoverre genuanceerd, dat volgens zijn stellingen geen formele beperkingen voor het appel van de deken bestaan, maar dat de deken geen materieel belang bij zijn hoger beroep heeft.

5.4 Het hof verwerpt dit betoog van verweerder en acht de deken ontvankelijk in zijn hoger beroep. Zoals de deken terecht heeft aangevoerd, legt de wet, in het bijzonder artikel 56, eerste lid, van de Advocatenwet, geen beperkingen op aan zijn bevoegdheid in hoger beroep te komen, ook niet in het geval de klager in de beslissing van de raad - geheel of ten dele - heeft berust. Er is voorts geen goede grond de berusting door

klagers in de beslissing op klachtonderdeel b gelijk te stellen met intrekking van de klacht op dit onderdeel. In het midden kan daarom blijven of aan intrekking van een klacht het door verweerder verdedigde gevolg van beperking van de appelbevoegdheid van de deken zou zijn verbonden.

5.5 Verweerder heeft terecht aangevoerd dat de klachtomschrijving in de beslissing van de raad ook in hoger beroep het uitgangspunt moet zijn. Die omschrijving is bij de mondelinge behandeling in eerste aanleg aan partijen voorgehouden en zij zijn daarmee akkoord gegaan. Voor een wijziging van de klachtomschrijving ten opzichte van die waarvan de raad is uitgegaan is in hoger beroep geen plaats. De aankondiging van een verzoek tot strafontslag blijft dus buiten bespreking.

5.6 De raad heeft de klacht in alle onderdelen ongegrond bevonden en daartoe - kort weergegeven - het volgende overwogen. Ten aanzien van de klachtonderdelen a en d heeft de raad geoordeeld dat de handelwijze van verweerder is gebleven binnen de vrijheid die hem als advocaat van de wederpartij van klagers toekomt de belangen van de cliënt op de door hem passend geachte wijze te behartigen. Ten aanzien van onderdeel b heeft de raad geoordeeld niet te kunnen vaststellen of verweerder op enige wijze misbruik heeft gemaakt van het klachtrecht. Met betrekking tot onderdeel c heeft de raad overwogen dat niet is gebleken dat verweerder tegen beter weten in beschuldigingen aan het adres van klagers hebben gericht, dat verweerder weliswaar zich van meer diplomatieke bewoordingen had kunnen bedienen, maar dat deze in dit geval de tuchtrechtelijke schreef niet hebben overschreden.

5.7 Klagers hebben met betrekking tot de klachtonderdelen a en d het volgende aangevoerd. De door de raad vastgestelde feiten kunnen objectief niet als strafbaar feit worden gekwalificeerd, zodat de beschuldiging van een ambtsmisdrijf op zijn minst lichtvaardig is geuit en - in de tuchtprocedure - gehandhaafd. Klagers hebben in het bijzonder aandacht gevraagd voor de aankondiging dat ook strafontslag van de inspecteur zou worden verzocht. Het aan verweerder verweten gedrag is ongeoorloofd, levert geen voordeel voor verweerdere cliënten op en brengt onevenredig nadeel op aan de inspecteur. Klagers zien niet in waarom het ter zake doet dat de beschuldiging van een strafbaar feit is gedaan in een brief aan de Belastingdienst. In de ongegrondverklaring van onderdeel b hebben klagers berust. Ten aanzien van onderdeel c hebben klagers staande gehouden dat de door verweerder gebruikte kwalificaties van het gespreksverslag misplaatst, onnodig grievend en onbetamelijk zijn.

5.8 De deken heeft in zijn beroepschrift erkend dat de advocaat jegens een wederpartij een grote vrijheid heeft de belangen van zijn cliënt op de door hem passend geachte wijze te behartigen. Bij de tuchtrechtelijke beoordeling van het optreden van de advocaat dient echter, aldus de deken, in het kader van de kernwaarden, genoemd in artikel 10a van de Advocatenwet, ook rekening te worden gehouden met de wijze waarop de advocaat zijn wederpartij bejegt. Van de advocaat mag worden verwacht dat hij zich in het maatschappelijk verkeer, ook in de bejegening van zijn wederpartijen, fatsoenlijk gedraagt zonder dat dit het belang van de cliënt behoeft te schaden. Ten aanzien van klachtonderdelen a en d heeft de deken aangevoerd dat de beslissing van de raad miskent dat de beschuldiging van een ambtsmisdrijf en de dreiging aangifte te doen bij herhaling is gedaan, ook na een interne klachtprocedure die leidde tot ongegrond bevinding van de klacht. De bedreiging diende geen belang van de cliënt maar geschiedde om de inspecteur onder druk te zetten en onheus te bejegenen. Met betrekking tot klachtonderdeel b stelt de deken dat verweerder uitsluitend de inspecteur heeft willen imponeren om zijn doel te bereiken zonder dat dit het belang van de cliënt kon dienen. Ten aanzien van onderdeel c heeft de deken aangevoerd dat het verweerder vrijstaat de juistheid van het gespreksverslag te betwisten maar dat de door verweerder gebruikte

kwalificaties voor die betwisting geen toegevoegde waarde hebben en aan te merken zijn als niet geconcretiseerde en daarom onbehoorlijke beschuldigingen.

5.9 Klagers, verweerder en de deken hebben - terecht - niet ter discussie gesteld de door de raad gehanteerde maatstaf, geformuleerd als volgt. Aan de advocaat van de wederpartij komt een grote vrijheid toe om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze die hem passend voorkomt. Deze vrijheid mag niet worden beknot ten gunste van een wederpartij, tenzij diens belangen nodeloos en op ontoelaatbare wijze worden geschaad. De advocaat behoeft in het algemeen niet af te wegen of het voordeel dat hij voor zijn cliënt wil bereiken met de middelen waarvan hij zich bedient, opweegt tegen het nadeel dat hij daarmee toebrengt aan de wederpartij. Wel moet de advocaat zich onthouden van middelen die op zichzelf beschouwd ongeoorloofd zijn of die, zonder dat zij tot enig noemenswaardig voordeel van zijn cliënt strekken, onevenredig nadeel aan de wederpartij toebrengen.

5.10 Het hof oordeelt als volgt. Betreffende de klachtonderdelen a en d komt het hof evenals de raad tot het oordeel dat de uitlatingen weergegeven onder 4.6 vallen binnen de vrijheid van verweerder de belangen van zijn cliënt op de door hem juist geachte wijze te behartigen. Het hof betreft daarbij de gebruikte formulering "een redelijk vermoeden" en de omstandigheid dat verweerder ook argumenten voor het uitgesproken vermoeden in zijn brief heeft vermeld. Voorts heeft klager in de brief geschreven bereid te zijn de reactie van de inspecteur af te wachten alvorens tot verdere actie over te gaan. Klagers hebben de argumenten van verweerder weliswaar gemotiveerd bestreden, maar de tuchtprocedure is niet de plaats om ten volle over de gegrondheid van de door verweerder geuite beschuldiging te oordelen. Dat verweerder ook tijdens de tuchtprocedure nog heeft aangekondigd dat zijn cliënt opdracht had gegeven de strafklacht in te dienen - zonder dat hij hieraan overigens uitvoering heeft gegeven -, valt ook binnen de genoemde vrijheid. Het hof begrijpt, dat deze situatie voor de inspecteur belastend kan zijn, maar dat is onder de gegeven omstandigheden onvoldoende om verweerders optreden in dit verband als tuchtrechtelijk verwijtbaar aan te merken. Het hof acht deze klachtonderdelen daarom ongegrond.

5.11 Ter adstructie van klachtonderdeel b (misbruik van het klachtrecht) hebben klagers zich in eerste instantie beroepen op het verslag van de bespreking op 15 april 2015. De raad heeft op goede grond beslist dat dit verslag (uitsluitend) door de inspecteur is opgesteld, dat de inhoud door verweerder is betwist en dat het daarom niet als voldoende ondersteuning van dit klachtonderdeel kan dienen. Het hof voegt hieraan toe dat het verslag pas ter kennis van verweerder is gekomen ter gelegenheid van de huidige tuchtprocedure. Dat verweerder misbruik gemaakt heeft van het administratieve en/of strafrechtelijke klachtrecht is ook anderszins niet gebleken. Daarvoor zou moeten komen vast te staan dat verweerder een klacht heeft ingediend, respectievelijk daarmee heeft gedreigd, terwijl op voorhand duidelijk was dat die klacht buiten elke redelijke twijfel ongegrond is. Gelet op hetgeen verweerder hierover blijktens het dossier heeft aangevoerd is aan die - strenge - eis niet voldaan. Dat de bestuursrechtelijke klacht is afgewezen volstaat daarvoor niet. Verweerder heeft in dit verband in hoger beroep ook nog aangevoerd dat een beslissing dat de inspecteur zijn geheimhoudingsplicht had geschonden invloed zou kunnen hebben op de afwikkeling tussen de Belastingdienst, de curator in het faillissement van de vader en de vader en de zoon. Ook dit betoog kan niet op voorhand als niet ter zake dienend terzijde worden gesteld. Op al deze gronden deelt het hof het oordeel van de raad dat dit klachtonderdeel niet gegrond is.

5.12 Klachtonderdeel c richt zich tegen uitlatingen van verweerder in zijn brief van 25 februari 2016 aan de deken. In deze brief heeft verweerder op de klacht gereageerd

en met gebruikmaking van de onder 4.10 weergegeven bewoordingen waarbij onder meer kritiek is geleverd op het verslag van de bespreking op 15 april 2015.

5.13 De raad heeft terecht vooropgesteld dat partijen in een tuchtrechtelijke procedure ruime vrijheid hebben hun standpunt toe te lichten en om bewijsmateriaal van de wederpartij ter discussie te stellen. Die vrijheid is niet onbegrensd, en een advocaat zal zich niet onnodig grievend over de wederpartij mogen uitlaten. Het hof deelt het oordeel van de raad dat verweerder in dit geval niet over de schreef is gegaan en daarmee weliswaar minder diplomatiek maar niet tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld.

5.14 Zowel klagers als de deken hebben ter toelichting op hun hoger beroep gewezen op het belang van behoorlijke omgangsvormen en correcte bejegening in de contacten van advocaten met derden. Bij gebreke van een duidelijke normering dreigt verdere formalisering, verstarring en verharding, aldus klagers. De deken heeft aandacht gevraagd voor een onderscheid tussen enerzijds de vrijheid van een advocaat om inhoudelijke argumenten aan te voeren en inhoudelijke discussies te voeren, en anderzijds de eis die aan een advocaat mag worden gesteld om wederpartijen niet onheus en onfatsoenlijk te bejegenen zonder aanwijsbaar belang voor de cliënt. Waar van de gewone mens al verwacht wordt dat deze zich fatsoenlijk gedraagt, mag dat van een advocaat (nog eerder) worden verwacht en is schending van elementaire fatsoensnormen tuchtrechtelijk verwijtbaar.

5.15 Het hof onderschrijft het belang van fatsoenlijke omgangsvormen en correcte bejegening door advocaten. De advocaat moet zich echter, ook in de bejegening van wederpartijen (en anderen), vrij voelen de benadering te kiezen die hem passend voorkomt met toepassing van de onder 5.9 weergegeven norm.

5.16 Op grond van de bovenstaande overwegingen zal het hof de beslissing van de raad zal vernietigen voor zover de klacht van de Belastingdienst ongegrond is verklaard en de Belastingdienst in zijn klacht alsnog niet ontvankelijk verklaren. Voor het overige zal het hof de beslissing van de raad bekrachtigen.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 20 juni 2017 in de zaak 17-012/A/A voor zover de klachtonderdelen a en d van de Belastingdienst ongegrond is verklaard;

en opnieuw rechtdoende

verklaart de Belastingdienst in deze klachtonderdelen alsnog niet ontvankelijk; bekrachtigt de beslissing van de raad voor het overige.

Aldus gewezen op 10 november 2017 door mr. T. Zuidema, voorzitter, mrs. L. Ritzema, G.W.S. de Groot, M.L. Weerkamp en H.J. de Groot, leden, in tegenwoordigheid van mr. F.E. Oorburg-Hundscheid, griffier.

griffier voorzitter

Deze beslissing is op 9 maart 2018 in het openbaar uitgesproken en op 9 maart 2018 verzonden.